

Uma perspectiva histórica sobre as licenças de acesso à informação: das licenças de *software* ao licenciamento de livros electrónicos em bibliotecas públicas

António Machuco Rosa

machuco.antonio@gmail.com

Faculdade de Letras da Universidade do Porto

Resumo

Este artigo analisa a evolução histórica e filosofia das licenças de acesso, uso e transformação da informação. Será dado destaque à oposição entre as licenças que permitem o acesso e uso aberto e as licenças fechadas. Essa oposição é em seguida analisada no caso do acesso a livros electrónicos em bibliotecas públicas. A primeira parte do artigo será essencialmente histórica, sendo analisadas as licenças *General Public Licence* e *Creative Commons*, vistas como reacção ao movimento de privatização da informação que ocorreu a partir da década de setenta do século passado. De seguida será considerado o licenciamento dos livros electrónicos e a forma como as licenças modificaram o tradicional sistema de empréstimo de livros por parte das bibliotecas públicas. Finalmente, será analisado o princípio do esgotamento após a primeira venda e a compatibilidade jurídica das novas licenças de acesso com as leis gerais do *copyright* e do direito de autor. Será dada relevância à legislação europeia, nomeadamente recentes decisões do Tribunal Europeu de Justiça.

Palavras-chave: copyright; licenças; livros electrónicos; bibliotecas públicas; princípio do esgotamento.

A privatização do *software*

A origem, trajectória e natureza das práticas de licenciamento de informação radica no desenvolvimento do *software* destinado à informática. Na década de sessenta do século passado, a protecção do *software* conferida pelas leis do *copyright* e dos direitos de autor era praticamente inexistente. Nos Estados Unidos, foi aprovada em 1964 uma lei que garantia alguns direitos de *copyright* aos programas informáticos; no entanto, ela obrigava ao depósito do código-fonte dos programas, pelo que as poucas empresas que na altura tentavam criar um mercado de *software* antes assentaram a sua estratégia comercial na prática do segredo comercial e licenciamento (cf. Rothchild, 2004; Campbell-Kelly, 2003: 108 e sq.). É portanto na transição da década de setenta que surgem as primeiras licenças de *software*, as quais estabelecem um contrato legal entre agentes privados, usualmente uma empresa e o(s) utilizador(es) finais. No entanto, na década de setenta, a maior parte do *software* continuava livremente disponível, no sentido em que qualquer indivíduo tinha acesso ao código-fonte dos programas bem como à possibilidade de os copiar e distribuir. Mas é nessa mesma década que se assiste ao que pode ser designado por

um movimento de privatização do *software*. Refere-se ‘privatização’ porque o *input* do *software* privatizada consistiu em *software* que inicialmente estava livremente disponível. A trajectória inicial da Microsoft ilustra bem o processo. O *input* proveniente de um espaço público de informação colectivamente apropriável foi a base de partida dos primeiros grandes produtos da Microsoft, nomeadamente os seus primeiros grandes sucessos comerciais: a sua versão da linguagem BASIC e o sistema operativo MS-DOS. O DOS da Microsoft teve origem imediata no 86-DOS, escrito por Tim Paterson numa empresa de Seattle, que posteriormente licenciou o programa à empresa fundada por Bill Gates. Mas o código do 86-DOS não foi fruto de um acto original e solitário de criação. Ele teve a sua origem no sistema operativo CP-M, escrito por Gary Kidall, sistema que, por sua vez, se baseava num outro, PL/M, o qual, por sua vez ainda, se baseava no *software* não comercial, livremente acessível, desenvolvido na DEC. Quanto a BASIC, a sua linguagem teve a sua origem também na DEC e na Universidade de Dartmouth (cf. Ceruzzi, 2003, 236-240).

O génio da empresa fundada por Bill Gates consistiu em parte na privatização de *software* originado no espaço público. A privatização pode, num primeiro momento, consistir em fechar o código-fonte dos programas. É no entanto evidente que código fechado não garante uma propriedade absoluta (não impede a cópia nem a sua análise através de *reverse engineering*). A ideia fundamental de Gates consistiu em invocar direitos de propriedade intelectual para o *software*.¹ Nesse mesmo período, em meados da década de setenta, também documentos internos da IBM propunham que o *software* fosse licenciado, e não vendido (Campbell-Kelly, 2013, 212). Tal como a Microsoft, a IBM passa de seguida a sustentar a sustentar que o *copyright* protege a cópia, distribuição e até mesmo a estrutura e organização dos programas (cf. Clapes, 1989). O poder legislativo foi atrás dos acontecimentos e das pressões crescentes por parte de uma indústria que começava a ter um peso económico significativo. Data de 1980 o *Computer Software Amendment Act*, lei norte-americana que altera a legislação até então existente de forma a que os programas de computador pudessem estar protegidos pela lei do *copyright*. O modelo de negócio das empresas comerciais produtoras de *software* passa a assentar em propriedade intelectual conferida pelo *copyright* e por licenças de utilização. Licenças como as da Microsoft passaram a estipular que um programa de *software* não é vendido, que é interdita a sua publicação, a cópia e aluguer, bem como qualquer medida que descompile o programa acedendo ao seu código-fonte.²

1. Cf. a carta de Bill Gates aos hobistas em 1976, disponível em: www.blinkenlights.com/classiccmp/gateswhine.html.

2. Um exemplo típico dos termos de uma licença da Microsoft: ‘because the software is licensed, not sold, Microsoft reserves all rights (such as rights under intellectual property laws) not expressly granted in this agreement. In particular, this license does not give you any right to, and you may not: use or virtualize features of the software separately, publish, copy (other than the permitted backup copy), rent, lease, or lend the software; transfer the software (except as permitted by this agreement), attempt to circumvent technical protection measures in the software, reverse engineer, decompile, or disassemble the software, except if the laws where you live permit this even when our agreement does not.’ (Em: <http://products.office.com/en-us/microsoft-software-license-agreement>).

Licenças de *software* livre

Se a década de setenta e início da de oitenta marcaram a difusão do conceito e prática de *software* proprietário é exactamente nessa altura que surgem as primeiras licenças de espírito oposto às referidas licenças da Microsoft e da IBM. Um exemplo é a licença BSD (*Berkeley Software Distribution*) criada por Bill Joy em 1977, que permite a redistribuição e uso do código do programa, desde que um direito de atribuição aos seus autores seja respeitado (cf. McKusick, 1999, para a história e características de BSD). Este é um primeiro exemplo de um movimento que se vai afirmar a si próprio como um movimento simétrico ou recíproco do anteriormente referido movimento de privatização. O movimento de privatização pode ser descrito como um combate privado → público (diminuição do espaço da informação livremente acessível), enquanto o novo movimento, recíproco do anterior, pode ser descrito como um combate público → privado que tem como finalidade última assegurar a reciprocidade público ↔ público. O objectivo do movimento era, e é conseguir que o *software* permanecesse livre e criasse entre programadores um ambiente cooperativo.

É esse o significado do movimento a que Richard Stallman deu origem em meados dos anos oitenta, corporizado no conceito de *software livre* (*free software*) e que a *Free Software Foundation* tem por missão defender.³ A originalidade da posição de Stallman consistiu em ter uma ideia destinada a forçar a cooperação que permitiria construir uma comunidade de partilha num ambiente em que a fragmentação e os combates competitivos na área do *software* se estavam a tornar a norma. A ideia foi exercer uma espécie de violência última que terminasse com as violências dos combates rivais em torno da posse da informação. Mais precisamente, tratou-se de implementar uma nova forma de *licenciamento* de *software*, designada por *General Public Licence* (GPL), uma licença com filosofia e termos precisamente opostos à filosofia e termos das licenças privadas. Nas palavras de Stallman, esse novo tipo de licença estipula certas ‘liberdades’ (‘freedoms’), nomeadamente (1) a liberdade de distribuir o *software*, (2) de o modificar e (3) de distribuir as modificações. Mas a condição fundamental, (4), da licença GPL é uma quarta condição, a qual estipula que o programa modificado tem de se encontrar sujeito às exactas condições acabadas de enunciar nas três prévias liberdades.

Isto significa ser necessária uma aparente restrição às liberdades (1), (2), (3), para que um programa continue livre. A licença produz recursivamente uma exterioridade a si própria, pois baseia-se numa lei que força a sua própria aceitação. De facto, a licença GPL utiliza a lei geral do *copyright* em seu próprio favor, visto GPL apenas restringir certos direitos (obriga à redistribuição dos programas acompanhados do respectivo código-fonte), e se alguém não aceitar os termos da licença então o programa passa a estar submetido à lei geral do *copyright*, donde qualquer sua utilização (cópia ou modificação) passar a ser ilegal.

A licença GPL deve ser distinguida doutras licenças que genericamente são designadas por *open source*, e de que já se referiu o exemplo de BSD.⁴ Em sentido genérico, *open source* é caracterizado pela *Open Source Definition* a qual, no que aqui interessa, estipula que ‘um programa tem de incluir o código-fonte e tem de permitir a distribuição quer em código-fonte quer

3. Cf. www.fsf.org/ e os textos reunidos em Stallman, 2001.

4. Cf. a enumeração dessas licenças disponível em: <http://opensource.org/>.

compilado'. Portanto, note-se que a *Open Source Definition* se limita a 'permitir' a distribuição. 'Permite', mas não 'obriga'. GPL é uma licença conforme a esse tipo de definição, só que não apenas permite como *obriga*. A cláusula recursiva (4) distingue GPL enquanto *free software* das licenças *open source* em sentido mais geral.

A diferença entre as licenças *open source* e *free software* é importante. A cláusula distintiva de GPL consiste em procurar garantir uma certa liberdade através de uma aparente restrição da liberdade (não poder fechar o código) e, desse ponto de vista, as licenças *open source* em sentido geral parecem envolver uma maior liberdade (limitam-se a 'permitir'). No entanto, uma perspectiva inversa pode ser assumida, pois apenas a cláusula distintiva (4) de GPL assegura que as próprias liberdades (1), (2) e (3) não possam desaparecer, e portanto ela implica uma liberdade mais vasta. A cláusula (4) é viral, garante que uma liberdade não pode ser anulada. Ela garante que a *liberdade se propaga*. Através de um artifício como GPL, e assumindo que as obras são produzidas e tornadas públicas, como que se restaura o estado de apropriabilidade pública da informação. A aparente violência ('obriga') que a licença encerra deve ser sempre situada no contexto e dinâmica histórica do anteriormente referido movimento de privatização da informação. É nesse contexto que GPL surgiu como uma contra-reacção de uma natureza muito peculiar ao ter como ideia guia combater a violência através da violência; GPL *contém* a violência no duplo sentido do verbo 'conter'. Combate-se a violência com a violência de um tipo de licença que, ao obrigar cada um a tornar a redistribuir o programa sob a forma (aberta) que o recebeu, garante em definitivo a liberdade. Existe uma exterioridade - uma norma com valor legal - que visa impedir a privatização da informação. Uma licença do tipo GPL tem portanto como objectivo último combater o combate privado → público e fundar a cooperação pública, isto é, a reciprocidade social público ↔ público. Em última análise, a dimensão social acabada de mencionar é o fundamento filosófico orientador de GPL. Licenças de programas que não obrigam a sua redistribuição livre podem ser vistos segundo o modelo de uma dádiva espontânea de um indivíduo que a mais ninguém obriga (cf. Machuco Rosa, 2006, in Afonso *et al*, 2006, para desenvolvimentos). Esse tipo de dádiva não se propaga automaticamente ao todo social e muito menos o institui. A instituição de um laço social de partilha tem de se situar para além das decisões individuais livres, para além de uma dádiva recíproca privada entre pares de indivíduos. Ela envolve uma *relação triádica*. É o que sucede com a cláusula de obrigatoriedade de GPL. De acordo com a licença, se B recebe de A *software* modificado, B tem de redistribuir para C, gerando-se o ciclo, $A \rightarrow B \rightarrow C \rightarrow D \rightarrow \dots \rightarrow A$. A distribuição tem a forma de uma reciprocidade generalizada que funda a comunidade que adere a essa distribuição do bem.

Licenças *Creative Commons*

GPL teve o sucesso que hoje é amplamente conhecido, existindo mais de 25% dos programas licenciados em *open source* que se encontram licenciados sob GPL.⁵ Igualmente importante foi essa licença ter explicitamente inspirado em 2001 a criação das licenças *Creative Commons*.⁶

5. Cf. www.blackducksoftware.com/resources/data/top-20-open-source-licenses.

6. Cf. o texto de Lawrence Lessig, o impulsionador inicial de *Creative Commons*, disponível em: <http://creativecommons.org/weblog/entry/5668>.

Mas se GPL representou uma resposta à privatização do *software*, *Creative Commons* representou, por sua vez, uma reacção ao movimento histórico – com mais de dois séculos – de ampliação da extensão e prazos de protecção da informação.⁷ Enquanto GPL está concebida para garantir o a liberdade do *software*, *Creative Commons* visa licenciar as obras culturais em sentido mais geral. O principal objectivo da licença é garantir uma cultura livre (cf. Lessig, 2004), não se recusando por completo a possibilidade de serem observadas algumas das disposições constantes das leis do *copyright* e do direito de autor. A licença *Creative Commons* desdobra-se assim em várias sublicenças. A licenças é ‘flexível’, permitindo que os criadores designem exactamente quais os direitos existentes nas leis do *copyright* e direito de autor de que prescindem. A tabela seguinte resume as licenças *Creative Commons*. As dimensões destacadas são a atribuição, a integridade e a obrigatoriedade de permitir que os outros modifiquem a obra que foi modificada nos termos da licença (*share-alike*), isto é, uma cláusula semelhante aos termos que GPL obriga.

Licenças	Atribuição	Integridade	Share-alike
Atribuição – CC BY	Sim	Não	Não
Atribuição – Partilha nos termos da mesma licença CC BY-SA	Sim	Não	Sim
Atribuição- Proibição de realização de Obras Derivadas – CC BY-ND	Sim	Sim	Não
Atribuição-Uso Não-Comercial – CC BY-NC	Sim	Não	Não
Atribuição-Uso Não-Comercial – Partilha nos termos da mesma licença – CC BY-NC-SA	Sim	Não	Sim
Atribuição-Uso Não-Comercial- Proibição de realização de Obras Derivadas – CC BY-NC-ND	Sim	Sim	Não
Dedicação Universal ao Domínio Público – CC0 1.0	Prescinde de todos os direitos conferidos pela lei do <i>copyright</i>		Não

Note-se que os termos das licenças *Creative Commons* incidem em larga medida sobre o que, na tradição europeia do direito de autor, se designa pelos direitos morais. Os principais de entre eles são precisamente o direito à paternidade da obra (atribuição) e o direito ao respeito

7. Reenvia-se de novo para as declarações de L. Lessig referenciadas na nota anterior.

da integridade da obra.⁸ Segundo as várias licenças *Creative Commons*, a atribuição é sempre respeitada, ao contrário da integridade. Mais em geral, as licenças *Creative Commons* prescindem de *certos direitos de posse* que são conferidos pelas leis do *copyright* e do direito de autor, nomeadamente o monopólio da exploração comercial, da reprodução e distribuição, princípios fundamentais dos chamados direitos patrimoniais desse tipo de leis.

O sucesso de *Creative Commons* é também bem conhecido, contando-se em finais de 2014 cerca de 882 milhões de obras licenciadas nos seus termos.⁹ Destacam-se aqui apenas dois projectos de digitalização em larga escala de obras que assentam o seu regime de protecção intelectual em licenças *Creative Commons*. Um deles, incentivado pelos Estados europeus é Europeiaana,¹⁰ concebido em 2005 e implementado a partir de 2008, reúne hoje os contributos de milhares de organizações. Trata-se de uma plataforma aberta que permite que os seus conteúdos sejam livremente acedidos, copiados, transmitidos e distribuídos, tal como são livres todas as transformações das obras dessa forma disponibilizadas. Uma cláusula mais específica estipula que alguém que publique conteúdos na plataforma Europeiaana acorda que terceiros acedam e possam modificar esses conteúdos, desde que eles atribuam a obra ao seu autor e permitam que outros terceiros gozem da mesma liberdade que eles também tiveram no acesso e modificação da obra¹¹. Portanto, a licença de Europeiaana é 'Atribuição-Partilha nos termos da mesma licença – CC BY-SA'. Um projecto similar e igualmente ambicioso existente nos Estados Unidos é Digital Public Library of America (DPLA), definitivamente lançado em 2013 e que também permite o acesso livre, sem no entanto exigir que alguém que modifique uma obra garanta que terceiros a possam de novo modificar, isto é, o tipo de licença de DPLA é 'Atribuição CC BY'.¹² Estes exemplos permitem-nos considerar de seguida a situação legal dos livros em formato digital.

As licenças nos livros electrónicos

Com o surgimento dos livros digitais electrónicos iniciou-se provavelmente a maior revolução que a tecnologia do livro sofreu desde a invenção da impressão mecânica por Gutenberg.¹³ Essa revolução ainda se acelerou mais com a invenção de dispositivos de leitura que suportam tinta electrónica, desde o Kindle da Amazon aos leitores da Sony passando por leitores LCD como o iPad. É perfeitamente possível antecipar que a leitura de livros em formato electrónico, especialmente quando esse formato está suportado em tinta electrónica, substituirá cada vez mais a leitura feita em suporte de papel. Os números já existentes fundamentam essa anteci-

8. Veja-se por exemplo o Código do Direito de Autor de Portugal, onde esses direitos estão enunciados no Artigo 56.o, o qual também refere que esses direitos são inalienáveis.

9. Cf. <http://creativecommons.org/>.

10. Cf. www.europeana.eu/portal/.

11. Cf. www.europeana1914-1918.eu/en/about/terms.

12. Cf. <http://dp.la/info/terms/>.

13. Cf. a declaração do fundador da Amazon, Jeff Bazos: "The physical book really has had a 500-year run. It's probably the most successful technology ever. It's hard to come up with things that have had a longer run. If Gutenberg were alive today, he would recognize the physical book and know how to operate it immediately. Given how much change there has been everywhere else, what's remarkable is how stable the book has been for so long. But no technology, not even one as elegant as the book, lasts forever". In *Newsweek*, Dec. 20, 2009.

pação. Segundo a Associação Americana de Editores, em 2006 os livros em formato electrónico representavam 0.5 % do total da venda de livros, em 2009 3.17%, passando para 16.97 % em 2011, seguida de uma aceleração brusca em 2012, quando as vendas foram 22.55%¹⁴. Sempre nos Estados Unidos, os livros electrónicos totalizavam em 2007 0, 27 biliões de dólares, 4,52 em 2013, prevendo-se 8,69 em 2018.¹⁵

A alteração tecnológica está a ser acompanhada por uma igualmente profunda mudança no quadro legal de acesso e usufruto dos livros. A grande maioria dos livros electrónicos disponibilizados para plataformas específicas de leitura (e.g. o Kindle) deixou de ser *vendida* para passar a ser *licenciada*. Qual o fundamento dessa nova estratégia? No caso da indústria de *software*, vimos que as práticas de licenciamento surgiram devido à na altura inexistente protecção conferida pela lei do *copyright*. No caso dos livros evidentemente que essa protecção existe, pelo que a estratégia de licenciamento tem de possuir um outro fundamento. Ele radica na existência daquilo que, na lei do *copyright*, se chama *first sale doctrine*, e que na tradição do direito de autor se chama o *princípio do esgotamento após a primeira venda*.¹⁶ O alcance dessas disposições é sempre o mesmo: após comprar um livro um indivíduo fica seu proprietário, podendo dar ao exemplar o destino que quiser, como vendê-lo em segunda mão ou oferecê-lo. O princípio de esgotamento tem a sua raiz na distinção entre o direito de autor e o seu suporte físico (o livro físico). Como refere o Código português, “o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação” (Art. 10.0 §1). A lei deixa claro que o direito de autor (ou *copyright*) está omissivo do suporte físico. As restrições que esse direito impõe à circulação da informação *não* se aplicam ao objecto físico singular (o exemplar) que lhe serve de suporte. A reprodução e a distribuição são realidades distintas, e o *copyright* não se aplica à distribuição do exemplar físico.

É dentro desse contexto legal que se compreende a estratégia de empresas como a Amazon. Apesar de o *site* da Amazon constantemente referir a ‘venda’ e ‘compra’ dos livros, uma tal ‘compra’ não ocorre realmente. A expressão ‘venda’ é mistificadora, pois a empresa está apenas a fornecer um serviço definido por uma licença que permite um certo tipo de acesso ao livro. Portanto, visto um consumidor não comprar realmente o livro – não fica seu proprietário –, o princípio de esgotamento *não se aplica*; não se pode realmente vender no mercado de segunda mão aquilo que realmente não se comprou. Vejam-se os termos da licença dos livros Kindle, os quais, com dificuldade, um consumidor pode ler nas lojas da Amazon:

Use of Kindle Content. Upon your download of Kindle Content and payment of any applicable fees (including applicable taxes), the Content Provider grants you a non-

14. Consultar os dados a partir de: www.publishers.org/press/103/.

15. Cf. <http://www.statista.com/statistics/190800/ebook-sales-revenue-forecast-for-the-us-market/>.

16. No caso dos Estados Unidos, o princípio está codificado na secção 109(a) do *Copyright Act*: ‘the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord.’ No caso da Europa, a ‘Directiva do copyright’ estabelece: ‘A protecção do direito de autor nos termos da presente directiva inclui o direito exclusivo de controlar a distribuição de uma obra incorporada num produto tangível. A primeira venda na Comunidade do original de uma obra ou das suas cópias pelo titular do direito, ou com o seu consentimento, esgota o direito de controlar a revenda de tal objecto na Comunidade’ (Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001 O.J. (L 167) 28).

exclusive right to view, use, and display such Kindle Content an unlimited number of times, solely on the Kindle or a Reading Application or as otherwise permitted as part of the Service, solely on the number of Kindles or Supported Devices specified in the Kindle Store, and solely for your personal, non-commercial use. (...).

*Limitations. Unless specifically indicated otherwise, you may not sell, rent, lease, distribute, broadcast, sublicense, or otherwise assign any rights to the Kindle Content or any portion of it to any third party, and you may not remove or modify any proprietary notices or labels on the Kindle Content. In addition, you may not bypass, modify, defeat, or circumvent security features that protect the Kindle Content.*¹⁷

A licença interdita usos que, no caso dos livros físicos, a lei claramente permite (vender, emprestar, etc.). É mesmo interessante observar que em 2002, Jeff Bezos, o fundador da Amazon, escrevia que “quando alguém compra um livro, está também a comprar os direitos de revenda, de empréstimo ou doação desse livro”.¹⁸ Hoje em dia, a prática da Amazon é contrária a esse tipo de declarações. A empresa norte-americana tem um mercado de livros físicos em segunda mão, tirando nesse caso proveito da doutrina do esgotamento após a primeira venda, mas já no caso dos livros electrónicos os termos da licença Kindle visam impedir a existência desse tipo de mercado (cf. Reis, 2014). As licenças poderão mesmo ir contra outros aspectos das leis do *copyright* e do direito de autor. Teremos de voltar a esse ponto crucial após vermos qual a situação do acesso a livros electrónicos em ambiente de bibliotecas públicas.

Licenciamento a bibliotecas públicas

As novas formas de licenciamento de livros electrónicos não representam apenas um desafio para os leitores. Elas representam um desafio talvez ainda maior para as bibliotecas públicas, obrigando-as a repensar a sua forma tradicional de actuação. Recorde-se que as bibliotecas públicas têm como função servir o interesse público, nomeadamente exercendo uma acção educativa, preservando, difundindo e garantindo numa base não discriminatória o acesso ao conhecimento.¹⁹ O empréstimo de livros é um componente essencial desses fins. A actividade de empréstimo sempre esteve legalmente protegida devido às implicações do princípio de esgotamento após a primeira venda. Vimos que esse princípio tem subjacente a distinção clara entre as obras e o seu suporte físico. Em consequência, uma biblioteca podia adquirir um livro, em primeira ou segunda mão, bem como reforçar os seus fundos através de doações, etc. Ela fica então proprietária dos livros que passam a fazer parte do seu catálogo, sendo livre de lhes dar o uso melhor adequado à persecução dos seus objectivos últimos. Em particular, pode emprestar aos seus leitores pelos tempos adequados, pode arquivar e indexar da forma que julgue ser mais eficaz e, ponto importante, pode participar num sistema de empréstimo entre bibliotecas. Subjacente a essa actividade está sempre a diferença absoluta entre o direito de cópia ou reprodução e o direito de distribuição do livro. Devido ao princípio de esgotamento, uma biblioteca

17. Em: www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=200771440.

18. Tim O'Reilly, Jeff Bezos' Open Letter on Used Book Sales, O'REILLY NETWORK (Apr. 15, 2002), em: <http://archive.oreilly.com/lpt/wlg/1291>.

19. Cf. 'Manifesto da Unesco sobre Bibliotecas Públicas', disponível em: www.dglb.pt/sites/DGLB/Portugues/bibliotecasPublicas/Paginas/manifestoUnescoBibliotecasPublicas.aspx.

tem, no caso dos livros físicos, um controlo absoluto sobre a distribuição, ao mesmo tempo que, naturalmente, os direitos de reprodução permanecem nos seus titulares (os autores e seus representantes).

É esta situação que está ser radicalmente alterada com o advento dos livros electrónicos que passaram a ser distribuídos acompanhados de uma licença de utilização. Os livros electrónicos também passaram a ser licenciados às bibliotecas, e não mais vendidos. A consequência é que o controlo da utilização de um livro deixou de pertencer à biblioteca para passar a ser do editor. Actualiza-se assim como uma força ainda maior do que no passado o conflito entre o bibliotecário, que tende a ver a informação como um bem público necessário, e o editor que a tende a ver como propriedade privada destinada a dar lucro (Gasaway, 2000). Vejamos melhor a forma como as bibliotecas têm que operar no contexto dos livros electrónicos.

Como seria de esperar, os editores têm-se manifestado muito reticentes em disponibilizar livros electrónicos às bibliotecas públicas. A venda tradicional (em primeira ou segunda mão) está posta de lado. Os editores temem naturalmente a proliferação livre de cópias a partir da cópia possuída pela biblioteca. Uma solução é a do licenciamento, em linhas similares às existentes para os livros electrónicos disponibilizados ao público em geral. Existem modelos de licenciamento geridos por uma fileira comercial formada por editor → distribuidor → biblioteca → leitor, cadeia acompanhada de contratos em cada um dos seus pontos de contacto.

O primeiro elo da cadeia é o dos editores assumidos como representantes contratuais dos autores. O elo seguinte é o dos distribuidores. Estes são intermediários entre os editores e as bibliotecas, às quais disponibilizam, através das suas plataformas informáticas, e segundo certos termos contratuais, o acesso a obras. Veja-se o exemplo seguinte, da distribuidora OverDrive, com condições similares à licença Kindle, acima citada.

*When you ‘clickout’ or otherwise ‘download’ (referred to herein, collectively as ‘Download’) Content from the OverDrive Service, OverDrive grants you a limited, revocable, non-exclusive, non-transferable license to download or stream such Digital Content to your computer and/or your Device(s) solely for your personal non-commercial use. You shall not copy, reproduce, distribute or use the Digital Content in any other manner. You shall not sell, transfer, lease, modify, distribute or publicly perform the Digital Content in any manner and you shall not exploit it commercially.*²⁰

Os distribuidores disponibilizam os livros na sua plataforma com um sistema incorporado de DRM (*Digital Rights Management*), destinado a dificultar a cópia. O livro é então tornado acessível aos leitores através do sítio de uma biblioteca no qual eles estão registados. Em muitos casos, é também exigido aos leitores o acordo de termos contratuais de licenciamento. Para além das condições gerais de licenciamento de livros electrónicos, os distribuidores optaram por um de três ulteriores modelos de licenciamento, um que garante acesso perpétuo, um segundo baseado em subscrição e um terceiro com pagamento por cada leitura realizada (cf. O’Brien, 2012, e Polanka, 2011)

Evidentemente que os termos de licenciamento entram em conflito com a forma como as bibliotecas públicas operaram tradicionalmente. Encontra-se aqui o conflito entre o acesso ili-

20. OverDrive, *Terms and Conditions*, disponível em: <http://company.overdrive.com/terms-conditions/>.

mitado e universal visado pelas bibliotecas e as restrições que servem os interesses comerciais dos editores. As licenças e medidas tecnológicas restringindo o acesso não permitem, em ambiente de biblioteca, a cópia (nem para uso privado), a impressão, o empréstimo inter-bibliotecas e o arquivamento. Naturalmente que estas acções sempre fizeram parte das tarefas das bibliotecas. Elas decorriam do facto de as bibliotecas ficarem proprietárias dos livros físicos, com a consequente aplicação do princípio do esgotamento.

As leis do *copyright* e do direito de autor buscam um equilíbrio entre acesso público e acesso à informação. O acesso, e interesse, público, podem desaparecer num contexto em que as licenças significam uma quase total privatização da informação. Na realidade, os termos das licenças de livros electrónicos podem entrar em conflito com a própria lei. De entre outros exemplos possíveis, referimos o caso do Código do Direito de Autor português, na sua versão revista de 2006. Na busca de um equilíbrio entre interesse público e incentivo à criação, a lei estipula inúmeras excepções aos direitos de exclusividade que autores e editores têm sobre as obras. É especialmente relevante o artigo 75.0, § 2 do referido Código, o qual diz que são ‘lícitas, sem o consentimento do autor, as seguintes utilizações da obra...’. A alínea a) diz que é lícita:

A reprodução, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica....

Portanto, a lei afirma que a reprodução (cópia) para uso privado é lícita. A alínea e) trata do caso das bibliotecas.

[É lícita] a reprodução, no todo ou em parte, de uma obra que tenha sido previamente tornada acessível ao público, desde que tal reprodução seja realizada por uma biblioteca pública, um arquivo público, um museu público, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica ou de ensino....

É verdade que a alínea o) alude a obras ‘não sujeitas a condições de compra ou licenciamento’ e que, por outro lado, o § 4 estipula que as múltiplas excepções enunciadas no Art. 75.0 ‘não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor’. Trata-se uma formulação da chamada ‘regra dos três passos’, que visa defender os interesses comerciais dos autores. Essa regra de modo algum cobre juridicamente o uso de licenças. E se o Código alude a ‘condições de licenciamento’, o § 5 do 75.0 estipula:

É nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações enunciadas nos n.ºs 1, 2 e 3 deste artigo [isto é, os usos lícitos], sem prejuízo da possibilidade de as partes acordarem livremente nas respectivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas.

Não se está a afirmar que licenças similares às que acima transcrevemos seriam necessariamente ilegais quando assinadas no quadro jurisdicional português. No entanto, pelo menos no caso português, uma licença como da Amazon teria dificuldades em ser conciliada como estipulado no Art. 75.0 § 5. As licenças consideram implicitamente a informação enquanto propriedade privada e assim representam uma perda do equilíbrio visado pela lei, apenas favorecendo o interesse dos editores em detrimento do interesse público. Mais em geral, a questão central é saber se, e em que medida, o princípio de esgotamento se aplica realmente aos livros electrónicos.

Decisões legais sobre o princípio de esgotamento

Casos recentes têm mostrado a ambiguidade legal no que toca a aplicação do princípio de esgotamento após a primeira venda aos livros em formato digital. Nos Estados Unidos, esse princípio de esgotamento está codificado no § 109 do *Copyright Act* norte-americano. Contudo, as licenças não conferem direitos de propriedade, pelo que o princípio não se aplica às obras digitais. (Reis, 2014:182 e referências aí citadas). Um caso recente importante foi *Vernor v. Autodesk, Inc.*, em que um tribunal de círculo sustentou que quando a utilização é feita em termos de licenças, não de propriedade, não existe realmente venda pelo que o princípio de esgotamento não se aplica.

A situação na Europa é diferente. Como também acima se referiu, a Directiva Europeia estatuiu o princípio de esgotamento após a primeira venda, mas mencionando, ponto importante, que ele se aplica a um ‘bem tangível’.²¹ Mais tarde, numa Directiva sobre programas de computador,²² estabelece-se que o direito de distribuição será exaurido (esgotado) na Comunidade quando a primeira venda ou outra transferência de propriedade da [cópia original da obra] é feita pelo detentor do direito ou com o seu consentimento. Face a este articulado, qual a exacta situação de uma obra digital que é transferida, nos termos de uma licença privada, para um consumidor? Um caso de grande relevância foi a decisão do Tribunal Superior da União Europeia em *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, que determinou que o princípio de esgotamento se aplica a cópias usadas de *software* obtidas a partir da Internet.²³ A Oracle não vendia o seu *software* mas, contra um pagamento, permitia o seu uso nos termos de uma licença perpétua não transferível para terceiros. A UsedSoft redistribuiu (vendeu) o programa de Oracle, a qual se queixou em tribunal. O tribunal europeu não julgou a queixa procedente, referindo que uma licença perpétua é equivalente a uma venda de *software*, pelo que existe esgotamento. Um ponto importante foi o acórdão referir que uma venda ‘é um acordo através do qual uma pessoa transfere para outra os direitos de posse presentes num bem tangível ou intangível de que ela é proprietária.’ Portanto, o princípio de esgotamento deve-se aplicar em geral a obras ‘intangíveis’. O tribunal rejeitou ainda que o princípio do esgotamento possa ser contornado através do recurso a licenças, as quais acabariam por anular a sua efectividade. (cf. a análise em Feiler, 2012).

Percebe-se bem o alcance da decisão. O juízo do tribunal incidia directamente sobre *software*, mas como foi notado (Feiler, Idem), e como o tribunal ele próprio deixou entendido, a estrutura da decisão poderia igualmente ser aplicada a outro tipo de obras, como livros ou música. A decisão pareceu constituir um golpe profundo num dos principais modelos de negócios da era digital, assente no licenciamento no lugar da venda.

A decisão do Supremo Tribunal Europeu está longe de ter produzido todos os seus efeitos, ou mesmo ter esclarecido definitivamente a questão do alcance, na Europa, do princípio de esgotamento no caso das obras digitais. Recentemente, um tribunal alemão decidiu que o tipo

21. *Supra*, nota 15.

22. Directiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009 O.J.L 111/16, Artigo 4(2).

23. Cf. o texto do acórdão em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-128/11&td=ALL>

de acórdão em *UsedSoft GmbH v. Oracle* não se aplica aos livros electrónicos.²⁴ Em sentido contrário, e apesar de referir que a decisão em *UsedSoft GmbH v. Oracle* não é clara em todo o seu alcance, um tribunal holandês permitiu que um sítio de revenda de livros electrónicos continuasse a operar.²⁵ Finalmente, o que nos traz de novo à situação dos livros em bibliotecas públicas, o Tribunal Europeu de Justiça decidiu em setembro de 2014 que a digitalização, sem autorização dos detentores de direitos, de livros por uma biblioteca alemã foi legal, podendo assim abrir caminho para que outras bibliotecas façam o mesmo.²⁶

Os factos referidos apontam para a necessidade de criar uma lei clara sobre a aplicação do princípio de esgotamento às obras digitais, e que tenha em consideração a necessidade de harmonizar as legislações europeias e norte-americana (cf. Cobb, 2014). Nesse sentido, e atendo-se especificamente ao caso das bibliotecas públicas, a Associação Europeia de Bibliotecários, Edliba, tem-se mostrado particularmente activa, recomendando que os termos contratuais das licenças não possam tornar nulos os usos legítimos (as exceções e limitações dos direitos de exclusividade sobre a obra), recomendando que as bibliotecas adquiram efectivamente as obras para que o princípio de esgotamento se aplique, e ainda que o direito ao empréstimo de livros electrónicos por parte das bibliotecas fique consagrado.²⁷ Seja qual for a solução legislativa que venha a ser encontrada, os actuais debates sobre o uso das licenças, e sobre a prevalência ou não do princípio do esgotamento, representam mais um momento do combate entre acesso livre e exploração comercial privada, combate que tem existido em todos os períodos marcante da evolução histórica das leis do *copyright* e do direito de autor.

Referências

- Campbell-Kelly, M. (2003). *From air-line reservations to sonic the hedgehog: a history of the software industry*. Cambridge: MIT Press.
- Ceruzzi, P. (2003). *A history of modern computing*. Cambridge: The Mit Press.
- Clapes, A. (1989). *Software, copyright, and competition*. Quorum Books: Westport.
- Cobb, K. (2014). The implications of licensing agreements and the first sale doctrine on U.S. and EU secondary markets for digital goods. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 24: 529-556.
- Feiler, L. (2012). Birth of the first-download doctrine: the application of the first-sale doctrine to internet downloads under EU and US copyright law. *Journal of Internet Law*, 9.
- Gassaway, L. (2000). Values conflict in the digital environment: librarians versus copyright holders. *Columbia Journal of Law and the Arts*, 24: 115-160.
- Lessig, L. (2004). *Free culture*. New York: The Penguin Press.

24. Cf. www.publishersweekly.com/pw/by-topic/digital/retailing/article/56916-german-court-nixes-selling-used-e-books.html#path/pw/by-topic/digital/retailing/article/56916-german-court-nixes-selling-used-e-books.html.

25. Cf.: www.computerworld.co.nz/article/550527/dutch_courts_lets_ebook_reseller_stay_online/.

26. Cf.: www.peacepalacelibrary.nl/2014/09/european-court-of-justice-libraries-may-digitise-books-and-make-them-available-at-e-reading-points-without-authors-permission/.

27. Cf Edliba, 'The Right to E-Read', disponível em: <http://www.eblida.org/e-read/what-we-want.html>.

- Machuco Rosa, A. (2006). Propriedade intelectual e nova economia dos *standards* digitais – Antagonismo e cooperação. In A. Afonso, A. Machuco Rosa & M. J. Damásio (Eds). *A economia da propriedade intelectual e os novos media – entre a inovação e a proteção* (pp. 86-111). Lisboa: Guerra e Paz.
- McKusick, M. (1999). Twenty years of berkely unix: from AT&T-owned to freely redistribuable. In C. DiBona, S. Ockman & M. Stone (Eds). *Open sources: voices from the open source revolution* (pp. 31-46). New York: O'Reilly & Associates.
- O'Brien, D.; Gasser, U. & Palfrey, J. (2012). E-Books in libraries: a briefing document developed in preparation for a workshop on E-Lending in libraries. *Berkman Center Research Publication*, n0. 2012-15. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2111396.
- Polanka, S. (Ed.) (2011). *No shelf required*. Chicago. American Library Association.
- Reis S. (2014). Toward a "Digital Transfer Doctrine"? The first sale doctrine in the digital era. *Northwestern University Law Review*, 109(1): 173-208.
- Rothchild, J. (2004). The incredible shrinking first-sale rule: are the software resale limits lawful?. *Rutgers Law Review*, 57(1): 38-49.
- Stallman, R. (2001). *Free software, free society: selected essays of Richard M. Stallman*. Boston: GNU Press.